**CONTRATO ESTATAL – Definición – Alcance**

De acuerdo con el artículo 1495 del Código Civil, el contrato es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Por su parte, el artículo 1º de la Ley 80 de 1993 determina que su objetivo es disponer reglas y principios que rigieran los contratos de las entidades estatales. A su turno, el artículo 32 define los contratos estatales como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere la Ley 80 de 1993. Nótese que para la definición de contrato estatal basta con que una de las entidades que enumera el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 sea una de las partes, sin importar el extremo de la relación jurídico negocial que asuma.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos**

En virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación, inclusive de contratación directa, se requieren unos estudios previos. Con ellos, se estructuran, concretan y viabilizan los aspectos esenciales del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y valor estimado, entre otros elementos. Los componentes de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliego, los pliegos de condiciones y el contrato, están previstos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. La norma exige que se determine la necesidad, el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato.

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que “En la contratación directa, el estudio del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El estudio del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía”.

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Fundamentos normativos**

[…] en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, desarrollado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, las entidades están obligadas a publicar en el SECOP todos los documentos relacionados con el *Proceso de Contratación* expedidos durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual. Este deber aplica a todas las modalidades de selección y entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y solo se encuentran excluidas las ofertas perdedoras y los documentos expedidos en el marco de operaciones de bolsa de productos.

Adicionalmente, el deber de publicar la actividad contractual de las entidades estatales no solo está regulado en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, sino también en la Ley 1712 de 2014 y en el Decreto 1081 de 2015. Estas normas no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplía, para incluir la publicación de los “procedimientos” y la información relativa a la “gestión contractual”, sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos por la “entidad estatal”.

Las publicaciones que corresponde efectuar a las entidades estatales, como sujetos obligados por la normativa de la transparencia y acceso a la información pública, antes que una derogación o subrogación del contenido del deber de publicidad regulado por el EGCAP, suponen una ampliación de su alcance, que lo extiende de la simple publicación de la información “producida por la entidad estatal” asociada a la noción de *Documentos del Proceso*. Esto implica que la publicación que corresponde a las entidades estatales, como sujetos obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, se extiende a todo el desarrollo del procedimiento, desde la etapa de planeación hasta el vencimiento de las garantías, incluyendo cada actuación que se produzca en ese lapso.

Bogotá D.C., 10 de Octubre de 2023



Doctor

**Walter Epifanio** **Asprilla Cáceres**

Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Ministerio de Educación

Bogotá D.C.

**Concepto C – 422 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO ESTATAL – Definición – Alcance / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Fundamentos normativos  |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20230901014753 |

Respetado doctor Asprilla Cáceres:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la petición radicada el 1° de septiembre de 2023.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) “¿Las licencias o autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor en las cuales el MEN funge como licenciante se rigen por la normativa de contratación pública o privada, en particular la de derechos de autor?”, ii) “¿Las licencias o autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor en las cuales el MEN funge como licenciatario se rigen por la normativa de contratación pública o privada, en particular la de derechos de autor?”, iii) “¿El MEN como titular de los derechos patrimoniales de obras protegidas por derecho de autor debe elaborar estudios previos para suscribir una licencia o autorización de uso de obras protegidas por derecho de autor, cuando funge como licenciante?”, iv) “¿Es necesario elaborar estudios previos para suscribir una licencia o autorización de uso de obras protegidas por derecho de autor cuando este Ministerio funge en calidad de licenciatario?”, v) “¿Las licencias o autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor en las cuales este Ministerio funge en calidad de licenciante deben ser publicadas en el SECOP II?”, vi) “¿Las licencias o autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor en las cuales este Ministerio funge en calidad de licenciatario deben ser publicadas en el SECOP II?” y vii) “En caso de ser afirmativa las respuestas a los interrogantes 5 y 6, ¿i) cuál sería la tipología contractual de las licencias?, ii) ¿cuál sería la tipología contractual a utilizar dentro del SECOP II?, iii) ¿cómo debería publicarse? y iv) ¿qué documentos se necesitan para realizar la publicación en el SECOP II?”.

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en el Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal ni establecer el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni, mucho menos, interpretar cualquier disposición que no esté directamente relacionada con el sistema de compras. Este último es el caso de las normas de propiedad intelectual que rijan las actividades de licenciamiento y, por tanto, la Agencia carece de atribuciones para pronunciarse sobre su alcance. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de casos particulares o la interpretación de disposiciones de otros subsistemas normativos corresponden a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, es decir, haciendo abstracción del caso particular expuesto en la petición– resolverá la consulta únicamente conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) definición de contrato estatal y régimen jurídico aplicable, ii) principio de planeación y estudios previos en el sistema de compras públicas y iii) deber de publicidad y transparencia en la contratación estatal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos 4201912000006493 del 15 de noviembre de 2019, 4201912000006710 del 19 de noviembre de 2019 y C-466 del 21 de julio de 2022, analizó la definición de contrato estatal. Asimismo, se pronunció sobre el principio de planeación y los estudios previos en los Conceptos 4201912000006310 del 9 de octubre de 2019, C-223 del 29 de abril de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020 y C-503 del 17 de septiembre de 2021. De igual forma, analizó los principios de la contratación pública en los conceptos No. 4201912000007661 del 24 de diciembre de 2019, C-640 del 2 de octubre de 2020, C-701 del 7 de diciembre de 2020, C-715 del 9 de diciembre de 2020, C-762 del 14 de diciembre de 2020. Finalmente, se ha pronunciado sobre los principios de publicidad y de acceso a la información pública en la contratación estatal, así como sobre los fundamentos normativos del deber de publicar la documentación contractual, en el Concepto CU-367 del 23 de julio de 2020, el cual fue reiterado –entre otros– en los Conceptos C−433 de 24 de julio de 2020, C−468 del 24 de julio de 2020, C−474 de 24 de julio de 2020, C−488 del 28 de julio de 2020, C−544 del 21 de agosto de 2020, C−575 del 27 de agosto de 2020, C−643 del 26 de octubre de 2020, C−661 del 17 de noviembre de 2020, C-094 del 13 de abril de 2021, C−068 del 22 de abril de 2021, C-185 del 29 de abril de 2021, C-472 del 6 de septiembre de 2021, C-074 del 10 de marzo de 2022, C-083 del 18 de marzo de 2022, C-135 del 28 de marzo de 2022, C-332 del 24 de mayo de 2022, C-337 del 25 de mayo de 2022, C-355 del 2 de junio de 2022 y C-379 del 22 de junio de 2022[[2]](#footnote-3). La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

**2.1. Definición de contrato estatal y régimen jurídico aplicable**

De acuerdo con el artículo 1495 del Código Civil, el contrato es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Por su parte, el artículo 1 de la Ley 80 de 1993 determina que su objetivo es disponer reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. Seguidamente, el artículo 2 define, para los efectos de la contratación estatal, quiénes se denominan entidades estatales, servidores y servicios públicos. El numeral primero de la norma citada dispone que se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; *los establecimientos públicos*, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

A su turno, el artículo 32 define los contratos estatales como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere la Ley 80 de 1993. Nótese que para la definición de contrato estatal basta con que una de las entidades que enumera el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 sea una de las partes, sin importar el extremo de la relación jurídico negocial que asuma. El Consejo de Estado ha sostenido que el criterio definitorio de un contrato estatal es que haya sido celebrado por una entidad estatal: “Nótese cómo, [sic] elemento esencial para calificar de estatal un contrato, es que haya sido celebrado por una entidad estatal, es decir, una entidad pública con capacidad legal para celebrarlo. Dicho de otro modo, no existen contratos estatales celebrados entre particulares, ni siquiera cuando éstos han sido habilitados legalmente para el ejercicio de funciones públicas”[[3]](#footnote-4).

 En la etapa precontractual de la contratación estatal, cuando la Administración está elaborando los estudios previos, para lograr con éxito el proceso de contratación que requiere para satisfacer una necesidad de bienes, obras o servicios con la finalidad de cumplir los cometidos estatales, debe analizarse, según el objeto a contratar, cuál es el tipo de contrato, las obligaciones y prestaciones a pactar que mejor satisfagan los intereses de la Administración como entidad contratante. Es así como, por ejemplo, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite que dentro del contenido de un contrato estatal se admitan las estipulaciones conformes con las normas civiles, comerciales y las especiales previstas en dicha ley que correspondan a su esencia y naturaleza. Por ello, las entidades pueden celebrar todos los contratos y acuerdos permitidos por la autonomía de la voluntad requeridos para cumplir con los fines estatales.

Los contratos estatales admiten todas las modalidades, condiciones y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades del Estatuto General de Contratación y los de la buena administración. Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, permite concluir que las entidades estatales pueden celebrar los contratos necesarios para la consecución de sus fines, ya sean estos nominados y típicos[[4]](#footnote-5) en la legislación civil y comercial de derecho privado[[5]](#footnote-6) o en el Estatuto General de Contratación Pública[[6]](#footnote-7) o bien pueden acudir a los contratos atípicos, donde sus estipulaciones pueden ser puramente de creación de la voluntad de las partes –siempre y cuando no contraríen normas de orden público– o pueden ser mixtas, haciendo uso de estipulaciones que responden a diferentes combinaciones de objetos contractuales[[7]](#footnote-8).

La doctrina reconoce este fenómeno entendiendo que “la ley no crea el contrato, sino que reconoce su existencia, afirmación que implica reconocer que, en un principio, todos los contratos que hoy se reputan como típicos eran innominados – atípicos, deviniendo en típicos con la intervención del legislador”[[8]](#footnote-9). Asimismo, cuando se está ante la existencia de un contrato complejo[[9]](#footnote-10), porque la voluntad de las partes involucra diversas estipulaciones que por lo general son propios de varios tipos contractuales, se dificulta definir el criterio interpretativo para disciplinar el contrato. No obstante, surge la necesidad de desentrañar dicha voluntad de los contratantes y, para el efecto, puede acudirse a la siguiente solución planteada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 31 de mayo de 1938:

“Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato se aplican por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones o de los contratos y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido que esos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador”[[10]](#footnote-11).

Por su parte, el Consejo de Estado también ha entendido que los contratos estatales pueden calificarse como contratos mixtos cuando involucran prestaciones de igual connotación y, en pronunciamiento proferido con ocasión de una consulta relacionada con la causación de la estampilla prouniversidades por la suscripción de contratos de suministro de materiales, personal y mantenimientos para las sedes de una entidad, consideró lo siguiente frente a la interpretación de estos contratos:

“Es posible que existan contratos mixtos que contengan prestaciones correspondientes a varios tipos o clases de contratos, que no se encuentran relacionados con otros contratos típicos o atípicos, nominados o innominados a que se refieren los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

[…]

El contrato es mixto cuando las prestaciones mixtas están esencialmente vinculadas entre sí, por tener relaciones de complemento u obedecer a una unidad funcional dirigida a la satisfacción de la necesidad de la entidad -unidad de causa-. En caso contrario, si las prestaciones son autónomas y no guardan vinculación entre sí, la figura será una unión de contratos -causas distintas-.

El ejemplo de contratos mixtos más común se refiere, como se señaló, al suministro de equipos necesarios para la prestación del servicio público de la entidad, con prestaciones accesorias y necesarias, relacionadas con su instalación y su puesta en funcionamiento, así como servicios de capacitación de asesoría de la entidad en el uso de los mismos”[[11]](#footnote-12).

Resulta del caso precisar que la tipología contractual incide en aspectos como el proceso de selección que debe realizarse, los requisitos habilitantes o ponderables a incorporar en el pliego de condiciones para seleccionar de manera objetiva la mejor oferta; y si debe o no exigirse el Registro Único de Proponentes –RUP–, entre otras cuestiones importantes para el proceso de contratación. En este contexto, el contrato estatal es el acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como sucede con los que se clasifican como atípicos e innominados[[12]](#footnote-13). Conforme con lo anterior, el contrato estatal es un acuerdo de voluntades efectuado por las entidades públicas que genera, extingue o modifica obligaciones para quienes lo suscriben, cuya celebración no se encuentra limitada, de forma exclusiva, a las entidades referidas en la Ley 80 de 1993, sino que, como lo advierte el Consejo de Estado, puede ser suscrito por entidades públicas con regímenes especiales de contratación, caso en el cual se tratará de un contrato estatal especial.

Si bien la regla general en la contratación pública es que la entidad se presenta como el comprador de un bien o servicio, –lo que en el mercado usualmente representa la demanda–, ello no obsta para que algunas entidades asuman la posición del vendedor u oferente de bienes o el prestador de servicios. Lo importante es que ello esté relacionado con el objeto de sus funciones. En este caso también estaremos en presencia de un contrato estatal. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no hizo distinción en este aspecto. Por tanto, siempre que una de las entidades estatales celebre un contrato –con un sujeto público o privado– se está en presencia de un contrato estatal y, por tanto, el régimen jurídico de dicho contrato será el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o uno propio y especial, según sea el caso.

Asimismo, como explicó la Agencia en el Concepto C-084 del 11 de marzo de 2020, el Decreto Ley 393 de 1991, el Decreto Ley 591 de 1991, la Ley 1286 de 2009 y el Documento CONPES 3582 de 2009, determinan qué actividades son consideradas como de ciencia, tecnología e innovación. En caso de que las Entidades Estatales no tengan certeza sobre la catalogación de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación, deben acudir al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, autoridad competente en la materia, como dispone el numeral 15 de la Circular Externa Única. Entonces la entidad, como responsable de estructurar sus procedimientos de selección, debe definir si el objeto a contratar es de aquellas actividades consideradas de ciencia, tecnología e innovación.

Por lo demás, el concepto citado también aclaró que el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019 no establece que la explotación comercial de derechos de propiedad intelectual o bienes intangibles suponga una actividad, programa, proyecto o iniciativa de ciencia, tecnología e innovación, sino que los beneficios o regalías que se generen por dicha explotación, deben ser destinados a tales actividades, programas, proyectos o iniciativas o, en su defecto, a la promoción de industrias creativas, en los términos del artículo 2 de la Ley 1834 de 2017[[13]](#footnote-14). Por tanto, en relación con estos contratos debe efectuarse el mismo análisis señalado en el párrafo anterior, con la finalidad de definir su régimen jurídico.

**2.2.** **Principio de planeación y estudios previos en el sistema de compras públicas**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, los cuales deberán ser adecuados a su alcance y complejidad. Lo anterior con la finalidad de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. Una debida planeación debe conducir a una escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales, buscando siempre la correcta ejecución del contrato[[14]](#footnote-15).

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que demandan de las entidades estatales el deber de planeación en la etapa precontractual. Esto con la finalidad de que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en su consecución. Por ello, respecto al principio de economía, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que:

“7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

[…]”.

De las normas citadas se resalta que, en virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación, inclusive de contratación directa, se requieren unos estudios previos. Con ellos, se estructuran, concretan y viabilizan los aspectos esenciales del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y valor estimado, entre otros elementos. Los componentes de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliego, los pliegos de condiciones y el contrato, están previstos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. La norma exige que se determine la necesidad, el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato de la siguiente manera:

“1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

 […]”.

Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado. Lo que se identifique puede afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación de bienes, obras o servicios. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que “La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo […]”.

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. La realización de un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial se refiere a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, y si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, cuando apliquen, entre otros.

Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio. Por ejemplo el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar y adelantar un proceso de selección de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirá los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. Por ello, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. De igual forma, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación.

Colombia Compra Eficiente dispone de una “Guía para la Elaboración de Estudios del Sector”, instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir. Lo anterior con el fin de diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo. En este instrumento se recomienda un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc.–, lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc.

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que “En la contratación directa, el estudio del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El estudio del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía”.

La Entidad Estatal debe consignar en los Documentos del Proceso, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de estos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, deben existir unos estudios previos para fijar los criterios de escogencia del contratista. Dichos criterios tienen fundamento en el análisis del mercado, en el cual nada obsta para que la entidad identifique a varios proveedores en condiciones de cumplir el objeto del contrato.

El Consejo de Estado, se pronunció sobre la relación existente entre el estudio del sector y la estimación del valor del contrato, indicando que se deben tener en cuenta las diferentes variables del mercado como los costos de la cadena de producción. Pero, independientemente de esto, la entidad debe obtener el menor precio o uno razonable. En todo caso el valor debe estar justificado para que no corresponda a sobrecostos ni a precios artificialmente bajos, y que con ello la entidad pague un valor adecuado, que no sea mayor ni menor. Esto se logra con el estudio del mercado y sus costos, el cual debe estar a disposición de los participantes del procedimiento contractual[[15]](#footnote-16).

Así, previo al cumplimiento de las obligaciones de carácter presupuestal, la entidad deberá fijar el presupuesto oficial del proceso, para que los interesados en presentar una oferta no hagan ofrecimientos que superen el valor con el que cuenta la entidad para pagarle al contratista por el respectivo bien o servicio, no solo porque la entidad no cuente con recursos disponibles para cubrir esa diferencia, sino porque fue el valor que arrojó el estudio del mercado.

 Como se mencionó, los estudios previos deben contener las condiciones mínimas y necesarias que debe acreditar el contratista, para demostrar su capacidad de cumplir el contrato. Respecto de la contratación directa, los estudios previos sustentan o exponen los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar, y contienen las razones de que esta sea la adecuada para ejecutar el objeto contractual. El artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, que señala el contenido de los estudios y documentos previos, y el principio de selección objetiva requiere un análisis detallado para conocer las condiciones en que se debe adquirir el bien o servicio que satisface su necesidad. De las consideraciones anteriores, es claro que las entidades públicas con la elaboración de los estudios previos sustentan los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar.

Tratándose de los interadministrativos, es posible una entidad estatal tenga la necesidad de determinado bien o servicio para satisfacer el cumplimiento de sus funciones y quien es la interesada en iniciar la suscripción de determinado contrato estatal, donde es posible identificar los roles de contratante y contratista. En estos últimos, una entidad estatal más que aunar esfuerzos para satisfacer una necesidad conjunta con otra, busca mediante el cumplimiento de una contraprestación adquirir determinados bienes o servicios prestados por un contratista, en este caso por otra entidad estatal. En estos últimos supuestos sería posible identificar de forma más precisa a la entidad que funge como contratante y la que lo hace como contratista[[16]](#footnote-17). Por ello, como se explicó en el Concepto C-503 del 17 de septiembre de 2021, la entidad que tiene la necesidad de contratación o asume la posición de contratante es la que elabora los estudios previos.

**2.3. Deber de publicidad y transparencia en la contratación estatal**

Con independencia del régimen contractual, en armonía con el artículo 209 constitucional, el numeral 8 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”. Asimismo, el numeral 9 *ibidem* precisa lo siguiente: “En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código […]”.

 Para la Corte Constitucional el principio de publicidad es la garantía de las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y, con base en ese conocimiento, tener la posibilidad de exigir que se realicen conforme a la ley[[17]](#footnote-18).Este impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– “contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos”[[18]](#footnote-19).

 De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se regula la transparencia el derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública el de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que “toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal”[[19]](#footnote-20). El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley.

 La ley citada establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[20]](#footnote-21), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue en principio desarrollada por el Decreto 103 de 2015, hoy compilado en el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[21]](#footnote-22), el cual dispuso que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–.

 Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11 de la misma Ley, los destinatarios de la ley de transparencia deben garantizar la publicidad de “sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones”, y esta información también debe estar en el SECOP. El derecho de acceso a la información pública o de interés público permite a toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular, conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según su interés[[22]](#footnote-23).

 El deber de publicidad de los documentos expedidos en virtud de la actividad contractual que se desprende del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 el cual establece los documentos que deben publicarse y al SECOP como medio de publicación[[23]](#footnote-24). De acuerdo con esto, las entidades deben cumplir con el principio de publicidad respecto de su actividad contractual como garantía para los administrados, para conocer las actuaciones y participar en el control de estas, siendo el SECOP la herramienta que dispuso el Estado para que las entidades cumplan el principio de publicidad.

 Ahora bien, las entidades estatales, conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, tienen la obligación de publicar en el SECOP “[…] los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación […]”. La expresión Documentos del Proceso está definida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, donde se establece que son “(a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación”.

No obstante, para identificar los documentos que deben publicarse, es necesario realizar una interpretación sistemática de las disposiciones del Decreto 1082 del 2015, comoquiera que el anterior no es un listado taxativo, sino enunciativo. En efecto, además de los documentos enlistados, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 *Ibídem* recoge en la noción de *Documentos del Proceso* “cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el *Proceso de Contratación”*. Este mismo artículo define la expresión *Proceso de Contratación* como el “Conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde”.

En todo caso, de conformidad con la segunda parte del inciso primero del artículo 2.2.1.1.1.7.1 *Ibídem*, el deber de publicar las actuaciones realizadas en el marco del proceso de contratación, en lo referente a las ofertas presentadas, solo se predica de la propuesta del adjudicatario, así que no es necesario publicar las demás. Del deber de publicidad, de conformidad con la tercera parte del inciso primero de la referida norma, también se encuentran exentos los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos.

De lo anterior puede concluirse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, desarrollado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, las entidades están obligadas a publicar en el SECOP todos los documentos relacionados con el *Proceso de Contratación* expedidos durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual. Este deber aplica a todas las modalidades de selección y entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y solo se encuentran excluidas las ofertas perdedoras y los documentos expedidos en el marco de operaciones de bolsa de productos.

Adicionalmente, el deber de publicar la actividad contractual de las entidades estatales no solo está regulado en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, sino también en la Ley 1712 de 2014 y en el Decreto 1081 de 2015. Estas normas no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplía, para incluir la publicación de los “procedimientos” y la información relativa a la “gestión contractual”, sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos por la “entidad estatal”.

Las publicaciones que corresponde efectuar a las entidades estatales, como sujetos obligados por la normativa de la transparencia y acceso a la información pública, antes que una derogación o subrogación del contenido del deber de publicidad regulado por el EGCAP, suponen una ampliación de su alcance, que lo extiende de la simple publicación de la información “producida por la entidad estatal” asociada a la noción de *Documentos del Proceso*. Esto implica que la publicación que corresponde a las entidades estatales, como sujetos obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, se extiende a todo el desarrollo del procedimiento, desde la etapa de planeación hasta el vencimiento de las garantías, incluyendo cada actuación que se produzca en ese lapso.

Conforme a esto, las entidades estarán obligadas a publicar todos los documentos que se produzcan en el marco del *Proceso de Contratación*, de conformidad con las normas que regulan la respectiva modalidad de selección. En este sentido, resulta necesario precisar que, en lo que tiene que ver con la modalidad de selección de contratación directa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.4.3 del Decreto 1082 de 2015**[[24]](#footnote-25)**, las entidades no están obligadas a publicar los estudios y documentos previos relacionados con: i) la contratación de empréstitos, ii) los contratosinteradministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y iii) los contratos a los que se refiere el artículo 2.2.1.2.1.4.6 del Decreto 1082 de 2015, relacionados con bienes y servicios del Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva para su adquisición[[25]](#footnote-26).

 En conclusión, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones contractuales, del cual se desprende un deber de publicar las actuaciones contractuales, el cual se extiende también a las entidades de régimen exceptuado conforme al artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. Esto implica que todas las entidades estatales están obligadas a publicar los documentos en los que se evidencia el desarrollo de sus procesos de contratación, pues el objetivo consiste en materializar el derecho a conocer e intervenir en las decisiones de la Administración Pública.

Debe precisarse que la calidad de contrato estatal obedece a un criterio eminentemente orgánico, por lo que son todos aquellos celebrados por alguna de entidad estatal, de las cuales, las enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, están obligadas a aplicar las normas contenidas en dicha ley[[26]](#footnote-27). No obstante, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 1993 y su reglamentación, no constituyen un conjunto de normas que por sí solas gobiernen el grueso de las relaciones contractuales de las entidades estatales. Por el contrario, constituyen una serie de reglas y principios que deben aplicarse de manera prevalente en los contratos que celebren dichos entes, pero que deben complementarse con el derecho privado, ámbito jurídico del que surgen la gran mayoría de tipologías contractuales celebradas por las entidades públicas como se desprende de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993[[27]](#footnote-28).

De acuerdo con esto, las entidades estatales regidas por el EGCAP están habilitadas para celebrar los contratos que suelen celebrar los particulares entre sí, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. En ese sentido, puede ocurrir que dentro de la gestión ordinaria de sus competencias las entidades tengan necesidades que deban ser satisfechas a través de tipologías contractuales distintas a las del artículo 32 *ibidem*, en los que además de las disposiciones del EGCAP deberán aplicarse en su mayoría normas de derecho privado, lo que de ninguna manera desvirtúa la calidad de estatal de dichos contratos.

Dicha calidad de contrato estatal tampoco depende de que la relación contractual implique o no la erogación de recursos públicos, pues se reitera, ello obedece a un criterio eminentemente orgánico. De acuerdo con esto, independientemente de que las entidades estatales realicen o no desembolsos de dinero a título de contraprestación, los contratos estatales, en tanto son celebrados para satisfacer necesidades de las entidades estatales, las cuales están asociadas al cumplimiento de sus funciones administrativas y cometidos misionales, involucran un interés público. En razón a dicho interés, el legislador mediante el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y la normativa de la transparencia y el acceso a la información pública, materializa los principios de publicidad y transparencia en el ámbito de la contratación estatal, estableciendo el SECOP como medio de publicidad principal de las actuaciones contractuales públicas.

**3. Respuesta**

i) “¿Las licencias o autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor en las cuales el MEN funge como licenciante se rigen por la normativa de contratación pública o privada, en particular la de derechos de autor?”.

ii) “¿Las licencias o autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor en las cuales el MEN funge como licenciatario se rigen por la normativa de contratación pública o privada, en particular la de derechos de autor?”.

Conforme a la interpretación de las normas del sistema de compras públicas, si bien la regla general en la contratación pública es que la entidad se presenta como el comprador de un bien o servicio, –lo que en el mercado usualmente representa la demanda–, ello no obsta para que algunas entidades asuman la posición del vendedor u oferente de bienes o el prestador de servicios. Lo importante es que ello esté relacionado con el objeto de sus funciones. En este caso también estaremos en presencia de un contrato estatal. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no hizo distinción en este aspecto. Por tanto, siempre que una de las entidades estatales celebre un contrato –con un sujeto público o privado– se está en presencia de un contrato estatal y, por tanto, el régimen jurídico de dicho contrato será el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o uno propio y especial, según sea el caso.

Asimismo, como explicó la Agencia en el Concepto C-084 del 11 de marzo de 2020, el Decreto Ley 393 de 1991, el Decreto Ley 591 de 1991, la Ley 1286 de 2009 y el Documento CONPES 3582 de 2009, determinan qué actividades son consideradas como de ciencia, tecnología e innovación. En caso de que las Entidades Estatales no tengan certeza sobre la catalogación de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación, deben acudir al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, autoridad competente en la materia, como dispone el numeral 15 de la Circular Externa Única. Entonces la entidad, como responsable de estructurar sus procedimientos de selección, debe definir si el objeto a contratar es de aquellas actividades consideradas de ciencia, tecnología e innovación.

Por lo demás, el concepto citado también aclaró que el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019 no establece que la explotación comercial de derechos de propiedad intelectual o bienes intangibles suponga una actividad, programa, proyecto o iniciativa de ciencia, tecnología e innovación, sino que los beneficios o regalías que se generen por dicha explotación, deben ser destinados a tales actividades, programas, proyectos o iniciativas o, en su defecto, a la promoción de industrias creativas, en los términos del artículo 2 de la Ley 1834 de 2017. Por tanto, en relación con estos contratos debe efectuarse el mismo análisis señalado en el párrafo anterior, con la finalidad de definir su régimen jurídico.

Dentro de este marco general, corresponde a cada entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar la forma de suscribir los contratos de licenciamiento, lo que se extiende al régimen de planeación y de publicidad como se observará al momento de resolver las cuestiones planteadas. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de casos particulares o la interpretación de disposiciones de subsistemas normativos ajenos a las compras públicas corresponden a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

iii) “¿El MEN como titular de los derechos patrimoniales de obras protegidas por derecho de autor debe elaborar estudios previos para suscribir una licencia o autorización de uso de obras protegidas por derecho de autor, cuando funge como licenciante?”.

iv) “¿Es necesario elaborar estudios previos para suscribir una licencia o autorización de uso de obras protegidas por derecho de autor cuando este Ministerio funge en calidad de licenciatario?”.

Haciendo abstracción de situaciones concretas o de disposiciones que correspondan a subsistemas normativos ajenos a las compras públicas, los estudios previos deben contener las condiciones mínimas y necesarias que debe acreditar el contratista, para demostrar su capacidad de cumplir el contrato. Respecto de la contratación directa, los estudios previos sustentan o exponen los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar, y contienen las razones de que esta sea la adecuada para ejecutar el objeto contractual. El artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, que señala el contenido de los estudios y documentos previos, y el principio de selección objetiva requiere un análisis detallado para conocer las condiciones en que se debe adquirir el bien o servicio que satisface su necesidad. De las consideraciones anteriores, es claro que las entidades públicas con la elaboración de los estudios previos sustentan los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar.

Tratándose de los interadministrativos, es posible una entidad estatal tenga la necesidad de determinado bien o servicio para satisfacer el cumplimiento de sus funciones y quien es la interesada en iniciar la suscripción de determinado contrato estatal, donde es posible identificar los roles de contratante y contratista. En estos últimos, una entidad estatal más que aunar esfuerzos para satisfacer una necesidad conjunta con otra, busca mediante el cumplimiento de una contraprestación adquirir determinados bienes o servicios prestados por un contratista, en este caso por otra entidad estatal. En estos últimos supuestos sería posible identificar de forma más precisa a la entidad que funge como contratante y la que lo hace como contratista. Por ello, como se explicó en el Concepto C-503 del 17 de septiembre de 2021, la entidad que tiene la necesidad de contratación o asume la posición de contratante es la que elabora los estudios previos.

v) “¿Las licencias o autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor en las cuales este Ministerio funge en calidad de licenciante deben ser publicadas en el SECOP II?”.

vi) “¿Las licencias o autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor en las cuales este Ministerio funge en calidad de licenciatario deben ser publicadas en el SECOP II?”.

Haciendo abstracción de situaciones concretas o de disposiciones que correspondan a subsistemas normativos ajenos a las compras públicas, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones contractuales, del cual se desprende un deber de publicar las actuaciones contractuales, el cual se extiende también a las entidades de régimen exceptuado conforme al artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. Esto implica que todas las entidades estatales están obligadas a publicar los documentos en los que se evidencia el desarrollo de sus procesos de contratación, pues el objetivo consiste en materializar el derecho a conocer e intervenir en las decisiones de la Administración Pública.

En este contexto, el contrato estatal es el acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como sucede con los que se clasifican como atípicos e innominados. Conforme con lo anterior, el contrato estatal es un acuerdo de voluntades efectuado por las entidades públicas que genera, extingue o modifica obligaciones para quienes lo suscriben, cuya celebración no se encuentra limitada, de forma exclusiva, a las entidades referidas en la Ley 80 de 1993, sino que, como lo advierte el Consejo de Estado, puede ser suscrito por entidades públicas con regímenes especiales de contratación, caso en el cual se tratará de un contrato estatal especial.

Dicha calidad de contrato estatal tampoco depende de que la relación contractual implique o no la erogación de recursos públicos, pues se reitera, ello obedece a un criterio eminentemente orgánico. De acuerdo con esto, independientemente de que las entidades estatales realicen o no desembolsos de dinero a título de contraprestación, los contratos estatales, en tanto son celebrados para satisfacer necesidades de las entidades estatales, las cuales están asociadas al cumplimiento de sus funciones administrativas y cometidos misionales, involucran un interés público. En razón a dicho interés, el legislador mediante el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y la normativa de la transparencia y el acceso a la información pública, materializa los principios de publicidad y transparencia en el ámbito de la contratación estatal, estableciendo el SECOP como medio de publicidad principal de las actuaciones contractuales públicas.

vii) “En caso de ser afirmativa las respuestas a los interrogantes 5 y 6, ¿i) cuál sería la tipología contractual de las licencias?, ii) ¿cuál sería la tipología contractual a utilizar dentro del SECOP II?, iii) ¿cómo debería publicarse? y iv) ¿qué documentos se necesitan para realizar la publicación en el SECOP II?”.

Haciendo abstracción de situaciones concretas o de disposiciones que correspondan a subsistemas normativos ajenos a las compras públicas, las publicaciones se realizan de acuerdo con la naturaleza jurídica del contrato, independientemente de que se encuentre tipificado o no en el ordenamiento jurídico, en las condiciones y plazos que disponga la ley o el reglamento. En virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, desarrollado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, las entidades están obligadas a publicar en el SECOP todos los documentos relacionados con el *Proceso de Contratación* expedidos durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual. Este deber aplica a todas las modalidades de selección y entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y solo se encuentran excluidas las ofertas perdedoras y los documentos expedidos en el marco de operaciones de bolsa de productos.

Adicionalmente, el deber de publicar la actividad contractual de las entidades estatales no solo está regulado en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, sino también en la Ley 1712 de 2014 y en el Decreto 1081 de 2015. Estas normas no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplía, para incluir la publicación de los “procedimientos” y la información relativa a la “gestión contractual”, sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos por la “entidad estatal”.

Las publicaciones que corresponde efectuar a las entidades estatales, como sujetos obligados por la normativa de la transparencia y acceso a la información pública, antes que una derogación o subrogación del contenido del deber de publicidad regulado por el EGCAP, suponen una ampliación de su alcance, que lo extiende de la simple publicación de la información “producida por la entidad estatal” asociada a la noción de *Documentos del Proceso*. Esto implica que la publicación que corresponde a las entidades estatales, como sujetos obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, se extiende a todo el desarrollo del procedimiento, desde la etapa de planeación hasta el vencimiento de las garantías, incluyendo cada actuación que se produzca en ese lapso. Conforme a esto, las entidades estarán obligadas a publicar todos los documentos que se produzcan en el marco del *Proceso de Contratación*, de conformidad con las normas que regulan la respectiva modalidad de selección.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, Rad. 1999-0290-01 (17.244). [↑](#footnote-ref-4)
4. Que tienen una definición y regulación establecida en la ley. [↑](#footnote-ref-5)
5. Por ejemplo: contratos de compraventa, suministro, depósito, seguro, arrendamiento, mutuo, mandato etc. [↑](#footnote-ref-6)
6. Por ejemplo: contratos de obra pública, prestación de servicios, consultoría, concesión, fiducia pública y encargo fiduciario. [↑](#footnote-ref-7)
7. OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación liquida, Ed 1ª Dike, 2020, Bogotá, p. 164. [↑](#footnote-ref-8)
8. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos, 8 Ed, Legis, 2015, p. 23. [↑](#footnote-ref-9)
9. NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio, Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles. 2 Ed. Bogotá: Legis, 2002. p.67. [↑](#footnote-ref-10)
10. Gaceta Judicial T.XLVIII, p.50. Citada por: SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. Bogotá: Legis, 2014. p. 239. [↑](#footnote-ref-11)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Exp. 2.386. C.P. Edgar González López. Este concepto reitera pronunciamientos anteriores relacionados con la estampilla pro-universidades, tales como: Conceptos 2.229 de 2015, 2.271 de 2016, 2.229 de 2017, 2.324 de 2017. [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 30 de enero de 2008, Rad. 32.867, M.P. Mauricio Fajardo Gómez: “A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual -al margen de los reparos que amerita la definición contenida en la parte inicial de su artículo 32-, se encuentra legalmente definido como aquel acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales que menciona el artículo 2º ibídem, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad como suele suceder con los que se clasifican como atípicos e innominados (artículo 32, Ley 80). Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal”. [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 1955 de 2019: “La entidad pública que sea titular de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual podrá negociar su explotación comercial.

Los beneficios o regalías que se generen de la explotación comercial del bien intangible o derecho de propiedad intelectual de titularidad de la entidad pública, deberán ser destinados para el apoyo e inversión a los programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de la entidad pública. Para lo anterior, la entidad pública podrá suscribir convenios de ejecución con fondos o fiducias que garanticen dicha destinación.

<Inciso modificado por el artículo 107 de la Ley 2294 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> Para aquellas entidades públicas que no desarrollen o ejecuten programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación, los beneficios o regalías que genere la explotación comercial de sus bienes intangibles o propiedad intelectual, deberá ser destinada a promover el aprovechamiento de la propiedad intelectual o a la promoción de industrias creativas, de conformidad con el artículo 2o de la Ley 1834 de 2017, o aquella que la modifique o sustituya”. [↑](#footnote-ref-14)
14. La Corte Constitucional, en Sentencia C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chabljub, consideró al respecto: “El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

De otro lado, se relaciona con el principio de libre concurrencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación”. [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. Exp. 18.293. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-16)
16. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de octubre de 2019. Rad. 25000232600020110100201(60304). CP: Martha Nubia Velásquez Rico. Entre otras providencias en las que el Consejo de Estado da criterios para identificar qué entidad actúan como contratante o como contratista. [↑](#footnote-ref-17)
17. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-18)
18. Ley 1150 de 2007: “Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

[…]

c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónico”. [↑](#footnote-ref-19)
19. Ley 1712 de 2014: “Artículo 2. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”. [↑](#footnote-ref-20)
20. Ley 1712 de 2014: “Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital”. Obsérvese que este artículo no efectúa distinción alguna sobre el régimen jurídico aplicable a los sujetos obligados. [↑](#footnote-ref-21)
21. “Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

[…].

Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]”. [↑](#footnote-ref-22)
22. Corte Constitucional. Sentencia C-274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-23)
23. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.

La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto”. [↑](#footnote-ref-24)
24. Decreto 1082 de 2015 “Artículo 2.2.1.2.1.4.3. No publicidad de estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos elaborados para los siguientes Procesos de Contratación no son públicos: a) la contratación de empréstitos; b) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y c) los contratos a los que se refiere el 2.2.1.2.1.4.6 del presente decreto”. [↑](#footnote-ref-25)
25. Decreto 1082 de 2015 “Artículo 2.2.1.2.1.4.6. Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición. Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas”.

 [↑](#footnote-ref-26)
26. Ley 80 de 1993 “**Articulo 32. De los contratos estatales.**Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad […]”. [↑](#footnote-ref-27)
27. Ley 80 de 1993 “Artículo 13**.** De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

  Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

   Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

[…]

Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

   Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

   En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

   En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley […]”.  [↑](#footnote-ref-28)